



Resolved -
MARCHÉS PUBLICS

AUX FRONTIÈRES DES MARCHÉS PUBLICS
L'OBLIGATION EUROPÉENNE DE TRANSPARENCE

Gauthier ERVYN

Séminaire CJBB - 26 novembre 2020

L'OBLIGATION EUROPÉENNE DE TRANSPARENCE

- 1) Au-delà de la frontière des marchés publics et des concessions...
- 2) « Principes généraux » de droit européen
- 3) Champ d'application matériel
- 4) Champ d'application personnel
- 5) Nature des principes et conséquences de leur violation

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT EUROPÉEN

- ✓ Droit dérivé de la commande publique: MP et concession
- ✓ Consécration d'un « droit primaire » de la concurrence
 - ❖ 18 TFUE: interdiction de la discrimination en raison de la nationalité
 - ❖ 49 TFUE: liberté d'établissement
 - ❖ 56 TFUE: liberté de prestation de services
- ✓ Principe d'égalité de traitement
- ✓ Obligation de transparence

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT EUROPÉEN

✓ Obligation de transparence = degré de publicité adéquat pour:

- i. Ouverture à la concurrence: égal accès des opérateurs aux contrats
- i. Impartialité de la procédure: garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire des procédures

CHAMP D'APPLICATION MATERIEL DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

1) Modes de gestion publique

- ✓ Ressources propres – absence de « tiers »
 - Services internes
 - Opérations « in house »

- ✓ Coopération avec une autre entité publique

- ✓ Délégation de mission
 - Contrats: marché, concession,...
 - Actes unilatéraux: agrément, subventionnement,

CHAMP D'APPLICATION MATERIEL DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

2) Libre choix du mode de gestion

- ✓ Stade antérieur à la passation d'un marché

Exemples:

- ❖ CJUE C-285/18 IRGITA (2019): validité de normes autorisant le « in house » uniquement si pas de MP possible
 - ❖ CJUE C-11/19 AZIENDA ULSS (2020) : validité de normes autorisant les MP uniquement si pas de coopération publique possible
- ✓ Liberté non-illimitée et soumise aux principes fondamentaux

CHAMP D'APPLICATION MATERIEL DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

3) **Transparence des actes autres que les MP/concessions**

✓ Notions d'actes autres que les MP/concessions

❑ Contrats:

- ❖ non-onéreux
- ❖ ne portant pas sur des T, F, S
- ❖ expressément exclus (< seuils, acquisition d'immeubles existants, contrats d'emploi, certains services...)

❑ Actes unilatéraux: agrément, octroi de droits unilatéraux, subsides, prérogatives légales

CHAMP D'APPLICATION MATERIEL DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

3) Transparence des actes autres que les MP/concessions

✓ Application des principes généraux aux contrats publics exclus

☐ Jurisprudence EU:

- ❖ D'abord aux marchés publics exclus (sous les seuils)
- ❖ Ensuite aux conventions de concession: C-324/98 TELAUSTRIA (2000) / C-458/03 PARKING BRIXEN (2005) / C-231/03 CONAME (2005)

☐ Jurisprudence CE:

- ❖ Aux concessions de services d'un réseau TV: arrêt CODITEL BRABANT 2007
- ❖ Aux concessions d'exploitation d'un cinéma: arrêt LA RENAISSANCE 2011
- ❖ Aux cessions de droits télé: arrêt BELGACOM 2012
- ❖ Aux cessions de droits réels: arrêt KINEPOLIS 2015

CHAMP D'APPLICATION MATERIEL DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

3) **Transparence des actes autres que les MP/concessions**

✓ Application des principes généraux aux contrats publics exclus

- ❑ Tous types d'accords contractuels sont visés:
 - Concession domaniale
 - Cession d'actions
 - Système d'accords pour achats publics
 - Désignation d'un assureur complémentaire obligatoire par une fédération d'entreprise
 - Vente et prêt immobilier

- ❑ Disparition de la distinction entre contrats administratifs et contrats de l'administration

CHAMP D'APPLICATION MATERIEL DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

3) **Transparence des actes autres que les MP/concessions**

- ✓ Actes publics créateurs de droits exclusifs
 - ❑ Actes unilatéraux
 - ❑ Octroi de droits spéciaux ou exclusifs:
 - ❖ Acte de l'autorité: loi, règlement, décision administrative
 - ❖ Droits réservant l'exercice d'une activité économique à un ou plusieurs OE
 - ❖ Exclusivité
 - ❖ Art 106 §2 TFUE
 - ❑ Arrêt C-203/08, SPORTING EXCHANGE (2010): licence de paris sportifs
 - ❖ L'absence de contrat ne fait pas échapper aux principes généraux
 - ❖ Transparence = préalable à tout octroi d'un droit exclusif économique

CHAMP D'APPLICATION MATERIEL DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

3) **Transparence des actes autres que les MP/concessions**

- ✓ Tous les actes unilatéraux créateurs de droits exclusifs
 - ❑ Arrêt C-336/14, SEBAT INCE (2016): agréments jeux de hasard
 - ❑ Arrêt C-380/05 CENTRO EUROPA 7 (2008): fréquences d'émissions radio
 - ❑ Arrêt C-221/12 BELGACOM (2013): droits d'utilisation des réseaux TV

- ✓ GLISSEMENT DE L'OBLIGATION DE TRANSPARENCE APPLICABLE A LA COMMANDE PUBLIQUE VERS TOUTE CREATION DE DROIT EXCLUSIF ECONOMIQUE

CHAMP D'APPLICATION MATERIEL DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

3) **Transparence des actes autres que les MP/concessions**

- ✓ Exceptions au principe de transparence européenne:
 - ❑ Absence d'intérêt transfrontalier certain:
 - ✓ Interprétation stricte
 - ✓ Principes de droit belge: CE 2 février 1993 SEAPORT TERMNALS
 - ❑ Activités non-économiques
 - ✓ Activités régaliennes:
 - ❖ CJUE C-264/18 (2019): services juridiques participant à l'exercice de la puissance publique
 - ✓ Services sociaux: régimes légaux d'assurance-maladie / vieillesse ...
 - ❑ Exercice de compétences légales
 - ❑ Cas particuliers
 - ✓ Opérateur unique: CE, Fondation polaire internationale (2017); CE, Immorocho (2012).

CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

1) Notion de pouvoir adjudicateur en MP et concession

- « Pouvoirs publics »
- « Organismes de droit public »: besoins d'intérêt général autres qu'industriel ou commercial / personnalité juridique / financé-contrôlé-dirigé majoritairement par les pouvoirs publics
- Interprétation fonctionnelle

CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

2) POUVOIRS ADJUDICATEURS HORS MP/CONCESSION?

- ❑ INTERPRETATION FONCTIONNELLE EST FONDEE SUR LES PRINCIPES GENERAUX:
 - ✓ Exclure la discrimination (nationale);
 - ✓ Exclure les choix arbitraires.

- ❑ PA tenus au respect des principes généraux sous les seuils MP
 - ✓ Y compris les organismes de droit public - CJUE C-699/17, Allianz Vorsorgekasse (2019)
 - ✓ Art. 4 Loi 17/06/2016

CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

2) POUVOIRS ADJUDICATEURS HORS MP/CONCESSION?

❑ CJUE C-91/08, WALL AG (2010)

- ✓ Concession de services d'exploitation de toilettes publiques à FRANCFORT
- ✓ Changement de sous-traitant (WALL AG) par le concessionnaire (FES) en cours d'exécution
- ✓ Question préjudicielle: FES, qui pourrait être un organisme de droit public, est-elle tenue aux principes généraux lorsqu'elle sous-traite une concession de services?

CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

« 47. Pour établir si une entité présentant des caractéristiques telles que celles de FES peut être assimilée à une autorité publique liée par l'obligation de transparence, il y a lieu de s'inspirer de certains aspects de la définition de la notion de "pouvoir adjudicateur" (...) dans la mesure où ces aspects répondent aux exigences posées par l'application aux concessions de services de l'obligation de transparence qui découle des articles 43 CE et 49 CE.

48. En effet, ces derniers articles et les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, ainsi que l'obligation de transparence qui en découle, poursuivent des objectifs identiques à ceux visés par ladite directive, notamment visant la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans les États membres. »

CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DU PRINCIPE DE TRANSPARENCE

2) POUVOIRS ADJUDICATEURS HORS MP/CONCESSION?

- Quid des entités adjudicatrices dans les secteurs spéciaux?
- Quid des entités privées subventionnées à plus de 50% pour des travaux?

NATURE DE L'OBLIGATION DE TRANSPARENCE

Caractère d'ordre public?

- Noyau dur MP est d'ordre public?
- CE KHERKOVE (2010)
- Principe de transparence est d'ordre public

Caractère supra-constitutionnel

Enjeu procédural conséquent

- Nullité absolue des actes
- Droit d'action de tout tiers, sans justification d'un intérêt et sans limite de temps

LES MARCHES PUBLICS ET CONCESSIONS, « *DEUX ARBRES QUI CACHENT LA FORÊT?* »

L'OBLIGATION EUROPEENNE DE TRANSPARENCE =

- Source autonome de droit
- Applicable à tout acte créateur de droits économiques exclusifs
- S'imposant à tout pouvoir adjudicateur
- D'ordre public et à valeur supra-constitutionnelle

